avv. Luigi Petagna

intorno al tentativo non punibile

(conferenza tenuta al Circolo Giuridico di Napoli il 26 Marzo '99)

NAPOLI
[TIPO]GRAFIA DI GENNARO M. PRIORE — EDITORE
Vico Ss. Filippo e Giacomo, 26
1899

intorno al

tentativo non punibile

avv. Luigi Petagna

intorno al
tentativo non punibile

(conferenza tenuta al **Circolo Giuridico** *di Napoli il 26 Marzo '99)*

NAPOLI
TIPOGRAFIA DI GENNARO M. PRIORE — EDITORE
Vico Ss. Filippo e Giacomo, 26
1899

a mio zio,

il cav. G. B. D'Addosio — che, con la sua protezione generosa e col suo affetto costante, rende tuttora meno grave ed angoscioso il ricordo di una grande sventura — questo primo lavoro modesto offro, riconoscente.

Il tema, per quanto possa apparire, a bella prima, assai vasto, va ristretto in confini modesti, poi che non e già sulla opportunità o meno della punibilità del tentativo in genere che io discorrerò, nè m'intratterrò a sostenere o a censurare la disposizione legislativa contenuta nel capoverso dell'art. 61, la quale manda impunito l'esecutore materiale di un reato che desista volontariamente dagli atti di esecuzione.

La indagine mia, che ha pure formato oggetto di studio per tanti giuristi illustri, è la seguente: La desistenza volontaria dell'esecutore materiale di un reato, giova anche agli altri compartecipi del delitto? la impunità concessa all'autore si estende, quindi, anche ai complici?

Non vi ha, anche fra i più modesti studiosi di diritto penale, chi non conosca tutte

le discussioni sorte, nella scuola, intorno a questa questione assai delicata per le gravi conseguenze che, dalla disputa irresoluta, potrebbero derivare. E le due opposte correnti delineatesi fin da quando la indagine si presentò allo studio dei giuristi, mantenutesi, costantemente, tali anche a traverso tutte le progressive evoluzioni del nostro diritto penale, non han potuto non imporsi all' esame degli studiosi, i quali hanno visto e vedranno ancora, forse lungamente, tutti i pericoli che le disparate, addirittura cozzanti opinioni producono, nella pratica.

Poi che non vi ha, finora, chi abbia tentato di conciliare le due scuole: l' una che esclude assolutamente la responsabilità dei compartecipi nel caso di desistenza volontaria da parte dell' esecutore del tentativo; l' altra che la afferma e la sostiene tenacemente. Da una parte: Travaglia, De Simone, Roberti, Puccioni, Berner, Rossi, Chauveau, Haus, Impallomeni, l' illustre e venerato maestro Enrico Pessina; dall' altra: Ortolan, Carrara, Mittermayer ed altri giuristi fra i quali il Benevolo ed il Taranto, che hanno, sul tentativo, dato alle stampe due assai accurate monografie.

Basterà accennare a quanto da uno dei soste-

nitori di ciascuna scuola è stato detto in sostegno della propria tesi per conoscere quanto tutti gli altri hanno affermato. Perchè, di fatti, gli argomenti sono, costantemente, gli stessi per tutti, e non vi ha, fra gli uni e gli altri della stessa scuola, alcun dissenso, non potendo, certo, ritenersi tale l'idea sostenuta, per es: dal Travaglia, dal De Simone, dal Roberti e da qualche altro: punire, cioè, una delle figure della compartecipazione, *il mandato*, come reato di per se stante, non mai, però, come concorso nel tentativo.

La costante inconciliabilità fra le due diverse dottrine è la conseguenza delle opposte premesse dalle quali i sostenitori dell' una e dell'altra partono per risolvere la questione: gli uni, quelli, cioè, che vogliono estesa la impunità a tutti i compartecipi del delitto, ritengono che la desistenza volontaria faccia venir meno la essenza giuridica del conato punibile; gli altri, invece, combattono recisamente questa teorica e sostengono che il pentimento dell'esecutore materiale non distrugga gli atti già eseguiti; che il tentativo, quindi, permanga anche in caso di desistenza e che sia soltanto per un principio politico che il legislatore manda impunito colui che de-

sista e non vada oltre nella esecuzione del proposito criminoso.

È bene, fin da ora — poi che, difatti, è questa una indagine necessaria per risolvere la questione — stabilire quale fra le due dottrine sia la più accettabile e, sopratutto, la più rispondente allo spirito della legge.

« In caso di desistenza — scrive il prof. Pessina — avviene quello stesso che avviene nel mondo fisico: cioè che due forze uguali e contrarie si distruggono; l'attività criminosa è negata dall'attività che impedisce la violazione del diritto; il delitto è negato invece di apparire come una realtà concreta, epperò non vi è mestieri di quella negazione del delitto, che viene come rimedio dopo la sua apparizione e che consiste nel fatto sociale della pena »

Chauveau, Haus, Puccioni, Roberti e gli altri ritengono anche che il reato venga addirittura a mancare in caso di desistenza perchè dei due elementi essenziali per la punibilità: il *dolo* e il *danno*, il primo non esiste più e il secondo è venuto meno per il salutare ritorno al bene dell'esecutore materiale.

Impallomeni, riportando le parole dello stesso Zanardelli nella relazione ministeriale, sostiene, come gli altri, che la desistenza vo-

lontaria tolga al fatto il carattere di un tentativo criminoso imperocchè un tentativo — sono queste le parole del legislatore — reso inefficace ed innocuo per volontà del suo medesimo autore, è scevro di pericolo sociale.

I sostenitori dell'altra dottrina, invece — Feuerbach, Ortolan, Carrara, Mittermayer — affermano che solo ragioni di politica utilità consigliano di mandare impunito l'esecutore che desista volontariamente, affinchè il delinquente possa sentirsi invogliato alla desistenza, essendo assai minor danno per la società mandare impunito un delinquente, che, potendo compiere la sua opera criminosa, ne abbandoni la esecuzione, che non sia il verificarsi del maleficio deliberato e già presso a compiersi.

Principio questo che non è stato disconosciuto nemmeno dai seguaci dell' altra dottrina prchè lo Chauveau, per esempio, ed il Berner ritengono che, oltre il principio giuridico, sia apprezzabilissimo il principio politico poi che è prudente lasciare al delinquente la speranza dell'impunità fino a che egli stesso possa impedire l' effetto. E lo stesso Zanardelli, nella sua relazione, afferma, sempre a proposito della desistenza, che sia debito di prudente legislatore stimolare

il recesso dal delitto affinchè la pena non agisca sull'animo del delinquente come spinta alla completa violazione della legge.

Quale, fra le due dottrine, è da preferirsi? Non mi si giudichi soverchiamente audace se, senza reticenze, io dichiaro di non accettare l'opinione sostenuta dal venerato maestro mio, prof. Pessina, e da tanti altri illustri giuristi. È necessario, io penso, rimontare ai principii. Quali sono gli estremi costitutivi della ipotesi del tentativo? Che si sia voluto un fatto punibile e se ne sia cominciata l'esecuzione con mezzi idonei. Questi gli elementi ritenuti da tutti i codici, perfino dai romani i quali, quantunque, in alcune leggi, come la *Cornelia: de sicariis* e in qualche frammento di Ulpiano, dimostrino la parificazione del reato tentato al consumato, in altre leggi provano di aver perfettamente distinto i primi atti di esecuzione costituenti il tentativo dal reato perfetto.

Or, nella ipotesi contemplata nel capoverso dell'art. 61, permangono gli stessi estremi: il pensiero formato, i mezzi idonei, il principio di esecuzione. Desistere significa non andar oltre, è questione, quindi, di gradi: il pentimento dell'esecutore impedirà gli

atti successivi, ma non riuscirà mai a distruggere quelli già avvenuti i quali costituiscono, senza dubbio, un reato.

Assai opportunamente Luigi Masucci, in una pregevolissima appendice al capitolo sul tentativo nella edizione napoletana di Chauveau ed Helie, osserva, in sostegno di questa opinione: « Se una circostanza fortuita avesse interrotto il corso degli atti prima della desistenza, essi avrebbero rappresentato un tentativo ed avrebbero meritato analoga pena». È, dunque, soltanto per ragione politica che il legislatore manda impunito l'esecutore che desista volontariamente.

E basta dare uno sguardo anche fugace a tutto il codice penale per rilevare tutta la grande influenza che queste considerazioni di ordine politico hanno esercitata sul legislatore, che manda, così spesso, impuniti tanti fatti i quali non vi ha alcuno che dubiti che non costituiscano reati. Tutti i delitti perseguibili soltanto ad istanza di parte perchè mai, se non per ragioni di politica opportunità, non dan luogo ad imputazione? Tutte le limitazioni stabilite per produrre, a mo' d'esempio, una querela di adulterio; la deroga dalla norma comune per la quale l'azione dovrebbe prescriversi in cinque anni e non si ha di-

ritto, invece, di presentare istanza di punizione scorsi tre mesi dal giorno in cui si ebbe notizia del fatto, non dimostrano come il criterio della moralità, la preoccupazione di non perpetuare gli odii nelle famiglie, il desiderio di evitare gli scandali, nell'interesse sopratutto, dei coniugi si sieno imposti al legislatore?

Le disposizioni contenute negli articoli 133, 134, 215, 216 e 253 cod. penale a proposito delle bande armate, della falsità in giudizio, della formazione di corpi armati per eccitare alla guerra civile, con le relative disposizioni d'impunità in caso di desistenza anche non spontanea ed in seguito ad ingiunzione, od in caso di ritrattazione, nella ipotesi del falso, non provano, fino alla evidenza, la importanza della ragion politica a quale consiglia, assai spesso, di non incrudelire soverchiamente contro i colpevoli? Non vi ha nessuno, io penso, il quale dubiterà che una lesione guaribile fra dieci giorni non costituisca un reato o che la formazione di una banda o una falsa deposizione non sieno dei fatti punibili, poi che non è più di tentativo che si tratta in questi casi, ma di reati perfetti; eppure, per quanto più gravi giuridicamente essi sieno di un sem-

plice conato, poi che in essi la volontà si è esplicata intera, per principii politici e sociali, senza dubbio apprezzabili, non vengon puniti.

E, spigolando, nel nostro Codice, si troverebbe tanto da tenere occupati voi, o signori, assai lungamente. Io mi fermo ad un altro esempio soltanto: quello che mi vien fornito dalla disposizione dell' art 433, pel quale non vien punito il furto fra parenti. Anche intorno a questa disposizione legislativa son sorte le dispute: trattandosi di reato perfetto qualche giurista — lo Chauveau, per es:— è giunto fino ad affermare che esso non venga punito perchè non costituisce reato, essendovi, fra coniugi, ascendenti e discendenti, se non una comproprietà, una specie di diritto alla proprietà gli uni degli altri, la quale, benchè non sia apparente, esercita una influenza evidente sul carattere della sottrazione. Teorica questa la quale induce ad una strana conseguenza: che il fratello, per es: abbia il diritto di rubare alla sorella, con la quale conviva assieme al marito ed ai figli di lei, dei titoli di rendita, i quali, per quanto di proprietà della sorella, rappresentano pure il futuro diritto del marito e dei figli.

Ma che, invece, questa disposizione sia il

risultato soltanto di un criterio politico—non scrutare, cioè, e svelare i segreti delle famiglie e non infliggere delle pene che potrebbero creare odii in colui che è punito per le persone a lui più intimamente legate—è provato da molte sentenze della stessa Cassazione francese, le quali escludono che non vi sia, in questi furti, l'elemento delittuoso e giungono fino, quando il furto sia accompagnato da altro reato—l'omicidio, per es:—a ritenerlo come circostanza aggravatrice della pena. Anche i romani ritenevano ciò quando nel *Codice*, *legge 22*, *de furtis et servo corrupto*, affermavano: *maritus*, *propter matrimonii pudorem*, *non furti sed rerum amotarum actionem habet.*

Dalla frase: *propter pudorem matrimonii* il principio politico vien fuori luminosamente.

Ma, me lo perdoni sopratutto il mio illustre maestro, prof. Pessina, io non credo di aver bisogno di analogie per dimostrare come poco accettabile sia il criterio che la desistenza, nel tentativo, faccia venir meno l'essenza giuridica del reato. Egli osserva, come ho accennato, *che l'attività criminosa sia negata dall'attività che impedisce la violazione del diritto*, mentre questa violazione non viene per niente impedita, poi che

tutti e due gli estremi sui quali, secondo il concetto della reintegrazione giuridica, è fondata la responsabilità penale: il dolo e il danno, cioè, si verificano, malgrado la desistenza.

Chè anzi io potrei affermare che il prof. Impallomeni—uno, certo, dei più valorosi e dei più indipendenti giuristi nostri—sia stato indotto nell' errore della stessa relazione di Zanardelli al quale è parso che il tentativo seguito da desistenza sia scevro da pericolo sociale e per questo non imputabile. E, come l'Impallomeni, tutti gli altri che hanno preceduto o seguito il Pessina nella sua teorica han fatto appello alla inesistenza del danno, senza tener conto della opinione prevalente, ormai, nella scuola sulla relatività del danno. Poichè è questo uno dei due elementi necessarii per la punibilità, ha formato oggetto di studio da parte di tutti i giuristi quando si sono occupati della imputabilità del tentativo, in genere. Ed i più illustri — fra questi il Geyer ed il Barsanti—sono d'accordo col Carrara nel ritenere che il delitto imperfetto, per quanto non produca danno immediato, sia politicamente imputabile « *per il pericolo corso* dalla società o dal cittadino attaccato.

« Quantunque non abbia a deplorarsi l'even-

to dannoso voluto dall'agente — scrive Carrara — pure l' animo dei cittadini si scuote all' aspetto di una volontà malvagia che già aveva cominciata la esecuzione di atti indirizzati a quel triste evento e abili a procacciarlo. Il tentativo, col porre in pericolo la sicurezza, ha prodotto anch' esso un danno politico al quale occorre il rimedio politico della punizione. »

E che sia questo un criterio esatto è dimostrato anche da un' altra disposizione legislativa la quale prova come il non essersi verificato l'effetto o il non aver prodotto alcun *danno* — inteso nel significato comune e non, come deve intendersi, *nel pericolo corso* — non escluda la punibilità e tanto meno, quindi, faccia venir meno l'essenza giuridica del reato. In tema di furto la restituzione, dopo la *contrectatio*, non cancella il reato e non procura l'impunità, ma fa soltanto diminuire pena. Eppure il danno materiale non esiste più dal momento che si restituisce la cosa rubata e poi che, senza danno, non vi sarebbe ragione di punire, è evidente che sia il danno politico, costituito appunto dal pericolo, quello ritenuto dal legislatore come elemento per l' affermazione della responsabilità.

Or chi è che potrà dire che questo pericolo non si sia verificato nel tentativo seguito da desistenza?

E se il danno consiste appunto nel pericolo corso, chi è che potrà dire che danno non vi sia stato? Ma, per buona fortuna, io posso attingere alla fonte migliore per confortare la mia tesi. Il prof. Pessina—e Mittermayer, è d'accordo con lui—pone il fondamento della punibilità del conato non nel danno pel *pericolo corso*, secondo i più, o nel danno pel pericolo *che si corre*, secondo qualcuno—l'Oliva, per es:—ma *nella violazione del diritto nella parte delle obbligazioni*, perchè il diritto non vuole soltanto che la vita, la libertà e la proprietà dell'uomo rimangano inviolate, *ma che nulla si operi nello scopo di violare quei diritti*. È innegabile che l'esecutore materiale abbia, nel cominciar gli atti di esecuzione, inteso di ribellarsi alla legge ed abbia operato nello scopo di violare il diritto. Il non aver continuato nell'opera può distruggere gli atti precedenti, i quali costituivano, senza dubbio, una violazione del diritto? Evidentemente no: ne deriva, quindi, che il danno, come il dolo, si ritrova negli atti già eseguiti; che la società e l'individuo sono andati incontro ad un pericolo; che vi

è, per questo, la ragione della punibilità. E se, malgrado ciò, l'esecutore materiale il quale desista va impunito, bisogna ricercarne la causa, altrove: questa causa non può essere che il principio politico impostosi in questa, come in tante altre disposizioni legislative.

Il reato, dunque, permane così come han ritenuto Ortolan, Carrara, Mittermayer, Taranto, Benevolo ed altri fra i quali — è bene notarlo — Carmignani, il quale voleva soltanto che venisse diminuita la pena nel conato seguito da desistenza volontaria; Hepp, Geyer Tittmann, Leliévre, Van Grolman, i quali pure sostengono la punibilità per l'esecutore materiale il quale desista. Il reato permane e la desistenza volontaria costituisce soltanto una causa di esclusione della punibilità per ragione politica. La legge non deve chiudere la strada al pentimento; la giustizia e l'interesse stesso della società richiedono che non sia punito colui che si ferma al momento di commettere un delitto. Sarebbe, certo, assai dannoso se la legge serbasse a colui che si è pentito e non ha compiuto l'opera sua la stessa sorte dovuta a chi compie, per quanto imperfettamente, il reato. Questa assimilazione di chi, pur essendo un tristo, mostra di essere ancora suscettibile

di buoni sentimenti con chi ha fatto quanto gli era possibile per esplicare i suoi malvagi propositi, sarebbe, senza dubbio, una grave spinta al mal fare. Ed il Nicolini mostra di dividere pienamente questa opinione quando afferma « che è più per la salvezza degli assaliti che per la pietà degli aggressori che la legge seconda ed infiamma i buoni sentimenti dell'esecutore materiale del reato, perchè, dato il primo passo, fermo nel reo proposito, fatto sicuro per disperazione, questi si spingerebbe certamente innanzi e proseguirebbe l'opera sua, se l'idea del perdono, nen scendesse, confortevole, nella sua anima non del tutto malvagia. »

È, dunque, un *perdono*, secondo Nicolini, e secondo anche lo Chauveau, che si accorda all'esecutore materiale, il quale desista.

Il perdono presuppone la colpa. Valga questo per ultimo argomento. Se il reato venisse a mancare la impunità sarebbe un atto di giustizia, non potrebbe mai essere un atto di generosità.

L'esecutore materiale il quale desista volontariamente dagli atti di esecuzione — sia determinata la impunità dall' assenza degli estremi del reato o soltanto da un criterio

politico—secondo la disposizione del capoverso dell' art. 61 non va soggetto a pena. Non è preveduta, nella disposizione legislativa, la ipotesi che il reato abbia avuto diversi compartecipi. La dottrina, come ho accennato, ha variamente risoluta la questione, largamente studiata da tutti i giuristi. Dopo avere accennato ai diversi criterii circa la impunibilità dell' esecutore materiale, è facile, ora, dedurre le conseguenze derivanti dalle opposte premesse.

E, poi che, fra le diverse forme di compartecipazione, la scuola si è fermata a studiare, sopratutto, la figura del mandante come quella che rappresenta una delle più gravi forme di partecipazione, la questione si è presentata all' esame così formulata: può godere il mandante di quella impunità della quale gode l'esecutore materiale il quale desista volontariamente dalla esecuzione di un reato?

Il Prof. Pessina risponde così: « Gli atti che costituiscono partecipazione non hanno, per regola generale, criminalità propria, non sono punibili che quando si rannodano ad un fatto principale che la legge qualifica reato, e che loro imprime un carattere delittuoso. Mancando questo vincolo, si rimane impunito.

Alcuni di questi atti sono, è vero , incriminabili dalla legge, pur mancando al loro effetto, ma allora non costituiscono un tentativo di partecipazione criminale. Senza dubbio il mandante ha tentato di partecipare a un delitto, ma la sua azione non si rannoda per niente alla infrazione che aveva intenzione di far compiere, non costituisce che un fatto isolato il di cui carattere dev' essere apprezzabile indipendentemente da ogni altro fatto. Quando il delitto alla cui esistenza il mandante ha voluto contribuire non ha ancora ricevuto un principio di esecuzione, non può concepirsi il tentativo di partecipazione per la ragione che è impossibile di aver tentato di cooperare ad un' impresa che non è mai cominciata. E, quand' anche si sia cominciata la esecuzione, poi che non vi ha alcun fatto punibile al quale l'atto di partecipazione possa riattaccarsi, il mandante non può che andare impunito. »

Ho voluto riportare integralmente le argomentazioni dell' illustre maestro, poi che esse riassumono mirabilmente il pensiero di tutti gli scrittori che sostengono la impunità del mandante.

Come appare, a bella prima, questo criterio trova il suo fondamento nella considerazione

che non si possa ritenere alcuna responsabile di concorso — quale che sia la sua forma — se non esista l'esecutore del reato. Il complice presuppone l'agente materiale: questi può far senza dell'altro, ma il primo non può far senza del secondo. E come, mancando i fatto punibile — secondo la opinione accennata — l'autore viene a scomparire, poi che non si può essere autore di un fatto che non esiste; ne deriva, logicamente, che non si può ritener responsabile taluno come complice di un reato inesistente o di un fatto che non costituisce reato. Considerata la questione da questo punto di vista, non vi ha alcuno che possa non associarsi alle conclusioni alle quali pervengono il Pessina e tutti gli altri giuristi che, come lui, sostengono che la desistenza volontaria tolga al fatto l'essenza giuridica di reato.

E fu per queste considerazioni che venne, fortunatamente, abrogato con decreto luogotenenziale del 1861 quel mostruoso art. 99 del Codice Sardo riprodotto, con assai poco felice criterio, in verità, dai codici parmense ed estense. L'art. 99 — non vi ha, certo, alcun fra voi che non lo ricordi — stabiliva che il mandante dovesse essere punito come colpevole di reato *mancato*, quando la ese-

cuzione del delitto fosse stata sospesa o non avesse prodotto il suo effetto, sia pel pentimento del mandatario che per qualunque altra causa indipendente dalla volontà del mandante; e come colpevole di reato *tentato* nel caso in cui il mandatario non avesse proceduto ad *alcun* atto di esecuzione. Da questo articolo, il quale afferma la punibilità del mandante anche quando l'esecuzione non sia ancora cominciata, si rileva come la intenzione criminosa debba esser ritenuta condizione bastevole per la responsabilità, contrariamente a quanto era riconosciuto fin dai più antichi compilatori di leggi — *cogitationis paenam nemo patitur*, dice Ulpiano—ed appare anche la più deplorevole confusione poi che, da una parte si afferma che il *dolo*, come è eminentemente individuale, non è necessario, per esser punibile che sia concomitante con la consumazione di un reato e, dall'altra, si riconosce la necessità di subordinare all'evento la responsabilità dell'agente.

L'abolizione di questo articolo, nel 1861, e il non essere stato riprodotto, nè meno modificato, nel Codice vigente sono elementi senza dubbio, i quali fan ritenere che il legislatore—per quanto l'aver taciuto sia, certo, deplorevole, sopratutto per gli effetti che que-

sto silenzio potrebbe produrre—non abbia inteso di punire il mandante in caso di desistenza volontaria del mandatario.

Questa presunzione, nella quale convengono tutti gli scrittori, è ritenuta anche da Raffaele Garofalo, il quale ha, nella sua *Criminologia*, esaminata la questione del mandalo, risolvendola, naturalmente, alla stregua dei criterii positivi e col principio della temibilità maggiore o minore dell' agente.

« L' incarico di un assassinio dato ad un brigante, ovvero quello di una vendetta dato ad un camorrista, quando l' operazione sia agevole e poco rischiosa, quando il prezzo promesso sia appunto quello che il mandatario abbia richiesto, basta, a mio credere, per provare la temibilità del mandante. Viceversa, se un incarico di tal sorta fu affidato a persona timida ed inesperta, od a tale che, sebbene disonesto, non si era ancora macchiato di sangue, ovvero se l'esecuzione era difficile, od il prezzo offerto non parea tale da allettare al delitto, o se poteva dubitarsi della promessa, il mandante non è un delinquente serio, egli non è temibile, egli non ha che una valleità di delitto.

Non dovrà, dunque, dirsi che nel primo caso ha avuto luogo un tentativo punibile,

e nel secondo un atto che non rivela alcun pericolo e quindi non deve provocare la reazione sociale? »

Ho voluto riportare, integralmente, l'armentazione dell'illustre Garofalo perchè non vi ha — io credo — chi non veda come essa sia poco accettabile, pur partendo dal principio della temibilità come fondamento del diritto di punire.

È davvero meno temibile — *e quindi non puuibile* — il mandante che abbia offerto cento lire per fare uccidere un uomo, di colui che ne abbia offerto mille? Doveva proprio il mandante, nell'offrire la somma minore, pensare, anche dopo l'accettazione del mandato, che essa non sarebbe stata sufficiente per soddisfare i sozzi appetiti del mandatario?

Questo solo fatto, e tutti gli altri fatti citati in esempio dal Garofalo possono fare assorgere fino alla valutazione della responsabilità del mandante?

Potrà questi essere ritenuto inesperto delinquente — e quindi poco temibile — sol perchè avrà, per es: scelto come esecutore un famoso ladro, il quale, però, non aveva mai macchiato di sangue le sue mani? Il ladro non è, forse, quegli, che più che ogni altro, è adatto per compiere un reato per conto di

altri, sol che ne abbia un guadagno più o meno lauto?

A me non pare, per questo, che si possa, anche da quelli che non sono, in massima, contrarii alla teorica della nuova scuola penale, accettare la distinzione che, intorno al mandato, fa il chiarissimo scrittore della *Criminologia*.

Contro il criterio, però, della impunità del mandante insorgono Carrara, Ortolan, Mittermayer, Benevolo e moltissimi altri giuristi. Come, tutti coloro i quali sostengono, che la desistenza faccia venir meno il reato è naturale che estendano la impunità ai complici; può, a bella prima, sembrare evidente che tutti i seguaci di quella scuola che sostiene il principio politico come causa unica della esclusione della punibilità per l'esecutore, debbano opporsi e mostrarsi contrarii alla estensione del beneficio.

« Se si è pentito colui che doveva essere esecutore, distinguesi: — scrive Carrara — o si penti prima di aver nulla operato ed il suo pentimento giova al socio, all'ausiliatore, al mandante, in questo senso: che, non essendo intervenuto verun atto esterno di esecuzione, manca il fatto principale su cui fondare la imputazione, nè si può, senza vizio

logico, parlare di complicità, cioè di accessorio, a ciò che non esiste; o l'esecutore si penti *dopo* avere già posto in essere atti esterni costituenti la materialità di un tentativo, ed allora questo potrà non essere imputato a colui che si pentì perchè, rapporto a lui, si avrà un delitto rimasto imperfetto per causa volontaria; ma sarà sempre il tentativo stesso imputabile all'altro perchè, rapporto a lui, il pentimento dell'esecutore è una fortuna indipendente dalla sua volonta, anzi contraria a quella. »

E si potrebbe aggiungere dell'altro. Poi che il fondamento di questa larga e liberale disposizione legislativa è il pentimento del colpevole e il pentimento è cosa del tutto soggettiva, perchè è solo chi si pente che appare meno temibile ed è a lui solo, per questo, che è dovuta maggiore indulgenza, non vi ha alcuna ragione che induca ad estendere il beneficio agli altri compartecipi, i quali sono, dopo la desistenza, malvagi così come lo erano prima; che del fortunato ritorno all'idea di bene, da parte dell'agente materiale, si sono, forse, doluti; che, certo, niente han fatto per scongiurare il pericolo che essi avevano voluto, al quale essi, nel caso che si tratti di mandanti, avevano determinato altri.

La ragione politica — avrebbe potuto aggiungere Carrara — impedisce che sia parificata la condizione dell'agente a quella del mandante. Se la impunità costituisce un beneficio, quasi un premio, sarei per dire, questo perde la sua essenza, viene addirittura ad essere snaturato se non corrisponda ad un atto che ne sia meritevole. Ed ancora: l'azione morale che il beneficio dovrebbe esercitare sull'agente pentito del suo atto, viene, senza dubbio, ad essere diminuita quando questi vedrà che quella stessa impunità che a lui è costata, forse, una lotta interiore e, probabilmente, una costrizione della conscienza non ancora del tutto malvagia sulla volontà decisa e tenace, verrà accordata a colui che, non solo non ha fatto niente per meritarla, ma ha anche fatto di tutto perchè alla propria responsabilità, cui era deciso di andare incontro, si aggiungesse la responsabilità derivante dalla colpa di altri, che egli volle colpevoli.

E, d'altra parte, se il mandante ha, con la maggiore freddezza, meditato un reato; se ha incaricato altri per la esecuzione ed ha aspettato, senza rimuoversi o pensar di recedere, cinicamente, l'esito del triste disegno; se costui, nella mente del quale, a se-

conda che passa il tempo stabilito, il reato par che acquisti quasi figurazioni ed imagini reali, ed egli lo pregusti e lo assapori, ed una bestemmia gli venga sulle labbra all'annunzio che il proposito criminoso da lui vagheggiato non ha avuto alcun risultato; se costui si vedrà impunito, egli che, non soltanto nel fondo buio della sua anima, ma, con atti esterni, ha manifestato, svolto, fissato, preparato, fatto eseguire perfino un disegno malvagio, che dirà egli della giustizia e delle leggi che tanta indulgenza mostrano verso di lui?

La fiacchezza delle leggi non costituisce un maggiore incitamento al mal fare? Non tornerebbe egli, forse, sul reo proposito? E, a farlo tornare, non contribuirebbe il pensiero della impunità sua per un fatto pel quale di già, forse, egli si reputava colpito dalla pena dovutagli?

Io ho voluto, o signori, con queste considerazioni d'indole morale e politica, esaurire tutto quanto si sarebbe potuto dire in sostegno della opinione di coloro i quali reputano che, stabilito il principio politico come causa di esclusione della punibilità per l'esecutore materiale, questo stesso principio

impedisca che l'impunità si estenda ai complici.

Ed ho voluto farlo perchè, come io ritengo che la premessa del Carrara, del Mittermayer e degli altri sia la più accettabile e, come, d'altra parte, penso che, data quella premessa, non sia una conseguenza necessaria la limitazione della impunità al solo esecutore materiale, ho creduto di dover presentare a me stesso tutte le obbiezioni che potrebbero venirmi fatte. Perchè io ritengo che, pur permanendo l'essenza giuridica del conato, in caso di desistenza volontaria, il beneficio concesso all'esecutore possa e debba venire esteso a tutti gli altri compartecipi del reato.

È bene esaminare, dapprima, la ipotesi che nel reato abbiano concorso diverse persone come correi o cooperatori immediati. Se, incontro ad un uomo si fanno tre persone per ucciderlo, tutte e tre armate di coltello, una di esse è designata per lanciare il colpo omicida, le altre per impedire alla vittima di reagire, saranno, per questo, responsabili di cooperazione immediata. Se l'esecutore materiale non dà il colpo, quantunque alcuna causa esterna glielo impedisca, e desista dal-

l' attuazione del suo proposito, potranno gli altri due esser tenuti a rispondere di tentato omicidio? Evidentemente no, perchè le ragioni che sono in favore dell' uno, sono anche in favore degli altri. Si presume che l' esecutore, che pur voleva la morte di quell' uomo, si sia pentito? La stessa presunzione non può escludersi per gli altri. Essi avevano lo stesso proposito criminoso, essi pure volevano la morte della vittima, assistono, al pentimento di colui che è designato come l' esecutore materiale, vedono sfuggire colui contro del quale avevano diretto tutto il loro odio e la loro malvagità e non protestano? e non si oppongono a che l' altro desista? e, essi, che sono armati, non si sostituiscono a lui? Certo se la vittima sfugge —e per sfuggire è necessario che non soltanto l' esecutore sia pentito, ma che essi, i cooperatori immediati, la abbandonino—non vi ha alcuno che possa dubitare che tutti e tre furono animati dallo stesso sentimento, o, per lo meno, che il pentimento dell' uno non fu contrastato dagli altri, i quali pure avrebbero potuto, in qualsiasi modo, compiere tutto, da soli, o continuare negli atti di esecuzione pur, senza, forse, la possibilità di raggiungere lo scopo. È questa la ipotes

nella quale più luminosamente è provato che le sorti dei compartecipi debbano essere parificate a quella dell' esecutore materiale.

La desistenza di questi giova, dunque, ai coautori e ai cooperatori immediati e non soltanto *per riflesso* dell' altro, ma per sè stessi, essendo sul luogo del tentato delitto, la loro condizione pari a quella dell'esecutore.

Per le altre forme di compartecipazione, è bene seguire tutti gli scrittori i quali han creduto che, fra tutte, il mandato sia la più grave e la meno suscettibile di considerazione. È esatto che la ragione politica, unica causa, come ho cercato di dimostrare, della esclusione della punibilità per l' esecutore, non consenta, anzi si opponga a che il mandante vada anch' egli impunito?

Ho brevemente accennato agli argomenti di tutti i giuristi che sostengono questa teorica, ma quanto vi ha da contrapporre a quelle argomentazioni! Per quanto losca apparisca la figura del mandante, non credo che la si possa ritenere più turpe di quella dell' esecutore materiale, poi che quegli può, per un sentimento qualsiasi, anche biasimevole come la vendetta, determinare, a mo' d' esempio, la morte di un suo nemico; egli sarà pur sempre preso ed agitato da una

passione, per quanto riprovevole; avrà non foss' altro che un motivo che egli riterrà, forse, legittimo, quantunque non lo sia; ma l'altro, l'esecutore che si lascia vincere dai doni, dalle promesse od anche dalle intimidazioni ed uccide chi non gli ha mai fatto del male, chi, forse, nè meno conosce, solo perchè altri lo vuole, non mostra di essere assai più pervertito, assai meno sensibile alle leggi del senso morale e non produce, politicamente, una preoccupazione maggiore? E che sia così, difatti, è dimostrato dalla opinione sostenuta dal Carmignani, il quale chiedeva una pena maggiore per il mandatario, « poi che il mandante vuole soltanto un delitto, mentre l'altro lo vuole e lo esegue. » Ed Impallomeni ritiene, anche, che colui il quale determina altri ad un delitto, facendolo unicamente servire ad un interesse proprio, sia meno pericoloso di colui che non ha da creare un interesse prima di creare la risoluzione del delitto.

Ma si potrebbe osservare: come mandare impunito il mandante se egli ha fermamente voluto il reato e si è, forse, doluto all'annunzio della desistenza dell'esecutore materiale?

Questa — non vi ha chi possa non rico-

noscerlo—è nient' altro che una presunzione in base alla quale soltanto non si può stabilire una disuguaglianza fra l'agente materiale e l'autore morale. Se, in base a questa presunzione soltanto, dovesse venir punito il mandante, non sarebbe consentito, non sarebbe, anzi, doveroso stabilire anche la presunzione contraria—quella, cioè, che del pentimento dell' altro egli si sia compiaciuto,— presunzione più favorevole al colpevole, così come è imposto dai principii fondamentali del nostro diritto, che, in fatto di punibilità, non consente, quando non si abbia piena certezza di un fatto, di preferire la condanna all' assoluzione ?

Or, se è esatto che l' esecutore materiale abbia col fatto stesso della desistenza, dimostrato di essersi pentito, non è men vero che la legge debba *supporre* il pentimento e non respingerlo, anche quando non ne abbia la prova, come affermano Chauveau ed Helie a proposito della impunibilità degli atti preparatorii di un reato, i quali, anche per questo criterio, e non soltanto per la nessuna loro univocità, non vengono incriminati. E che di questo pentimento si debba aver la speranza e non la prova secura è dimostrato dalla sentenza: *in actu remoto*

potest esse spes poenitendi, quae non est in proximo, in base alla quale gli atti remoti non sono considerati come costituenti tentativo, ma si confondono quasi con gli atti preparatorii. Se una presunzione è necessaria, quindi, essa non potrà mai essere altra che quella che supponga il pentimento anche nel mandante.

Ma, se l'impunità è un beneficio ed un premio, io stesso ho accennato che non sarebbe morale nè politico estenderla a colui che non l'abbia meritata. Non bisogna dimenticare che il mandante non è la più turpe figura fra i compartici di un reato; per quanto possa apparire il contrario, egli è — io penso — il meno temibile fra tutti quelli che delinquono non per impeto, ma per freddo calcolo della loro conscienza. Per lo meno egli, nell'interesse del quale il reato si compie, e che ha delle ragioni di rancore, di odio, di vendetta, non vuole eseguire il reato e, se non vuole, è — il più delle volte — perchè non sa.

Non bisogna sorridere a questa affermazione. Certo io parlo in tesi generale ed, in tal caso, non si puo non convenire con me, per poco che si conosca l'anima umana. Quegli che incarica altri di com-

mettere un assassinio è un debole preso da passioni e da sentimenti cozzanti: l'idea del bene e quella del male, la speranza e la paura, il dovere che lo trattiene e l'odio che lo sospinge; egli è un vile che non ha il coraggio di compiere l'opera sua, di gustare tutta la dolcezza della vendetta personalmente soddisfatta, ed egli non è tale da aspettare, cinicamente, il risultato del suo proposito ad altri affidato per la esecuzione. Chi è che può dire, in tale stato di animo, se si sia o non suscettibile di pentimento? Certo, se il mandante avesse, pur dopo l'accettazione del mandatario, potuto dargli notizia del suo pentimento ed indurlo a desistere e se, malgrado ciò, il mandatario avesse continuato l'opera sua, non potrebbe il mandante esser ritenuto colpevole di tentativo e si terrebbe conto del suo pentimento. Or chi è che può constatare tutti i possibili buoni impulsi del mandante nel tempo scorso fra l'accettazione del mandato e la esecuzione? Chi può constatare che in quella conscienza vacillante, agitata e paurosa, nell'avvicendarsi di tanti sentimenti dissimili, i sentimenti migliori non abbiano, per un istante solo, avuto la prevalenza? E la preoccupazione di non poter riuscire nei buoni propo-

siti, forse perchè di già troppo tardi; il pensiero di essersi già compromesso così che recedere sarebbe, forse, inutile; la volontà di non esser ritenuto più vile di quanto agli stessi suoi occhi apparisca, non son tutte buone ragioni per indurlo a starsene inerte, quando, forse, egli avrebbe potuto evitare il reato?

Ma è necessario davvero, per estendere li beneficio al mandante presumere ch' egli si sia pentito? Non basta il fatto materiale della desistenza altrui a farlo andare impunito?

Per affermar ciò bisognerà sostenere che il mandatario il quale desista dagli atti di esecuzione non per volontà sua, non per un impulso spontaneo e salutare della sua conscienza non ancora del tutto malvagia, ma perchè il mandante, pentito, giunto in tempo opportuno sul luogo del delitto glielo ha imposto, debba esser punito lo stesso come colpevole di tentativo. Il mandatario, in questa ipotesi, desiste, difatti, materialmente, ma, anche nel momento della desistenza, la volontà di salvare e risparmiare la vittima non si sostituisce al proposito criminoso ch' egli stava per compiere e che avrebbe compiuto se la volontà di un

altro non si fosse imposta alla sua. Il ritirare la mano armata del ferro non è, in lui, il risultato di un sentimento di generosità, di compassione, di paura, di ritorno all'idea del bene ed egli non cessa, quindi, di essere, anche nell'atto in cui desiste, un uomo pericoloso. Abbandona la vittima per la stessa ragione per la quale l'aveva aggredita, egli è indifferente che si salvi o che si perda colui che non conosce e che non gli ha fatto alcun male: chi gli aveva dato l'incarico dell'omicidio manterrà lo stesso le sue promesse, pagherà il prezzo stabilito; egli sarà pronto, domani, nel caso che nel mandante si ridestino i sentimenti malvagi contro del suo nemico, a tornare all'opera con la stessa fredda, cinica, paurosa indifferenza della prima volta.

Ebbene, o signori, la scuola, quasi unanime, afferma: quest'uomo ha desistito dagli atti di esecuzione mentre avrebbe potuto non desistere; è giusto, è politicamente necessario ch'egli vada impunito!

« Ma—si obbietta ancora dal Carrara e dal Mittermayer—il mandante ha esplicata tutta quanta la sua attività criminosa! » Chi lo dice? o meglio, chi lo sa? Che cosa rappresenta il mandato, nell'*iter criminis*, se non un atto

preparatorio? Del mandante non si sa altro che questo: nel momento in cui il mandato è stato accettato ed egli ha armata la mano del mandatario o gli ha fornito, ad esempio, il grimaldello per aprire la porta e compiere il furto e lo ha accompagnato con una parola incoraggiante, non aveva altro proposito che la consumazione del reato. Ma anche il mandatario, in quel momento, voleva il reato e che lo volesse, allora, lo prova la esecuzione da lui cominciata. Di quel ch'è avvenuto *dopo,* chi potrà essere giudice sicuro? Quale attività criminosa ha mai spiegata il mandante, se egli è rimasto, inerte, ad aspettare?

Ma il pericolo — s' insiste da tutti coloro che combattano la estensione del perdono ai compartecipi — il pericolo deve pur valere qualcosa! Per quanto si dica, l' esecutore materiale ha, con la desistenza, evitato, se non il danno pel pericolo corso, la possibilità, se non la certezza, di un pericolo anche maggiore; ma il mandante, che non ha desistito, che non ha manifestato di essersi pentito, rappresenta un grave pericolo per la società: quando il mandante si vedrà impunito, egli, che non ha mai cessato di volere il fatto delittuoso, tornerà sul triste pro-

posito ed affiderà ad altri l' esecuzione del delitto.

Io penso, invece, che sapersi libero, quando si aveva di già ragione di credersi colpito dalla legge e privato, al più presto della libertà per chi sa quale lungo numero di anni, debba produrre tale un senso di benessere e di riattaccamento alla vita, tanto più apprezzata quando si è presso a perderla, che assai facilmente, senza, forse, nemmeno che il mandante si proponga decisamente di desistere dal triste proposito, questo scompare a gradi, quasi insensibilmente. Ma anche l' esecutore materiale—se questo criterio dovesse prevalere—non è detto che non possa tornare sui suoi atti e compiere quel reato dal quale altra volta avea desistito. Egli non è, certo, meno temibile del mandante e, se, una volta, ha mostrato di accettare ed ha, difatti, cominciata l' esecuzione di un reato, bisogna ritenere ch' egli sia di già così pervertito che basterebbero una piccola causa ed un più efficace impulso per determinarlo di nuovo al delitto.

Ma, anche ammessa la possibilità del pericolo, esso consisterebbe più nel sospetto altrui che nella realtà delle cose e, non essendo, quindi un pericolo attuale, po-

trebbe essere giustificato l'uso di misure preventive, ma non mai l'intervento della giustizia punitiva—scrive il Buccellati—, e lo stesso Carrara afferma che il *pericolo futuro* non può accettarsi come legittima ragione di punire, altrimenti si punirebbe la pura intenzione delittuosa distruggendo i limiti fra la morale e la legge punitiva.

Nè si persista nell'affermare che la volontà malvagia del mandante, esplicatasi perfino mediante atti di esecuzione compiuti da altri, impedisca di mandarlo impunito, poi che questa volontà non può costituire, da sola, elemento di punibilità, come non lo costituisce, per es: nel caso di tentativo con mezzi inidonei, nel quale l'esecutore che ignorava che una pistola fosse talmente guasta da non potere assolutamente produrre del male, con la tenace volontà di un uccidere un uomo, cercò pure di compiere tutti gli atti di esecuzione cho potessero ottenergli l'attuazione del reo proposito. E questo stesso esempio può valere di risposta al Carrara quando afferma che non possa estendersi al mandante il beneficio che viene dalla desistenza perchè il pentimento è una fortuna indipendente dalla sua volontà, anzi contraria a quella. Il non essersi verificato il reato, in caso di

tentativo con mezzi inidonei, non rappresenta una fortuna indipendente e contraria alla volontà dell' agente? Io so bene, però, e prevedo come, trionfalmente, potrebbe rispondersi a questo argomento.

La idoneità dei mezzi è condizione essenziale, è estremo necessario per la punibilità; senza di questo estremo il reato vien meno non verificandosi il danno materiale, e nè meno il danno politico, poi che non corre pericolo il diritto che è nella condizione di non poter essere violato. « Chi lotta contro l' impossibile, non lotta contro il diritto » scrive il prof. Pessina. Per quanto contrario sia, dunque, l' evento fortunato alla volontà dell' agente, non si può ritener responsabile questi di un reato che non esiste. È ben altro—si potrebbe osservare—il caso del mandante, sopratutto quando, a fondamento della esclusione della punibilità, per l' esecutore si metta esclusivamente la ragione politica. Se gli atti di esecuzione costituiscono un reato anche malgrado la desistenza—ed è da questo criterio, che io ritengo il più accettabile, che io ho preso le mosse—il mandante avrà partecipato ad un reato. La ragione politica si oppone a che un uomo il quale abbia par-

tecipato ad un reato e non si sia pentito rimanga impunito.

Or, se io riuscirò a dimostrare che nel Codice nostro vigente, vi sia la prova della influenza che il principio politico ha costantemente esercitata sul legislatore e lo ha indotto a mandare impuniti colpevoli che, non solo non si sono pentiti, ma han compiuto addirittura il reato; io potrò, forse' ritenere di non essere stato soverchiamente audace nel non convenire, intorno a questa importante questione, con quanti — che io mi sappia—se ne sono, fino ad oggi, occupati.

Ho già accennato, in principio, e non giova ripetere, ora, alle disposizioni del nostro codice intorno all'adulterio, alle falsità in giudizio, alla formazione di bande e di corpi armati per dimostrare come spesso il criterio politico si sia imposto al legislatore.

Certo non potrà ritenersi che non abbia commesso un reato colui che ha violata, a mo' d'esempio, la disposizione dell' art. 253. Il formare un corpo armato o l'appartenervi costituisce un reato. È vero che la formazione di una banda sia un atto preparatorio in relazione con gli scopi che essa si propone di raggiungere e pei quali non ha ancora cominciata l'esecuzione; ma, per il pe-

ricolo sociale che il solo fatto della formazione costituisce, il codice la considera come un reato perfetto. Quelli che appartengono ad una banda, quindi, sono responsabili. Ebbene nell' ultimo capoverso dell'art. 253, il quale si riporta agli articoli 133 e 134, è stabilito che vanno esenti da pena coloro che disciolgono la banda od il corpo armato, od impediscono che si commetta il delitto per il quale era formata. E si noti che questa figura di desistenza non è la stessa richiesta per il tentativo impunibile, perchè possono, in questa ipotesi, intervenire anche le cause indipendenti dalla volontà dei colpevoli. Si va impuniti lo stesso anche nel caso in cui non si desista volontariamente, ma in segnito alla ingiunzione della Autorità o della forza pubblica. Non è il pentimento, dunque, che porta all' impunità; ma è il bisogno, da parte della Società, di evitare un pericolo maggiore. E non c'è nè meno la presunzione dell'acquiescenza agli ordini dell'autorità, se non del pentimento; poi che è evidente che riesca utile a coloro i quali si vedono scoprite e che sono sicuri di essere, ormai, nella impossibilità di commettere il delitto propostosi, di non andare anche certamente incontro a parecchi anni di reclusione

A proposito del mandante si osserva, come ho notato, che non sia possibile accettare il pentimento presunto, quando niente egli abbia fatto per dimostrarlo.

Nella ipotesi dell' art. 253 non soltanto non si ha la presunzione del pentimento, ma si ha la sicurezza che, in tanto la desistenza sia avvenuta in quanto sarebbe stato da sciocchi persistere quando già l'Autorità era intervenuta. Eppure la ragion politica non si oppone, invece consiglia il legislatore ad essere clemente per tutti i compartecipi del reato.

E v' è dell' altro ancora. L' articolo 352 del codice penale dice testualmente così: « Il colpevole di alcuno dei delitti preveduti negli articoli 331, 332, 333, 335, 340 e 341— violenza carnale, atti di libidine e ratto, cioè,—va esente da pena se, prima che sia pronunziata la condanna, contragga matrimonio con la persona offesa, *e il procedimento cessa per tutti coloro che sono concorsi nel delitto.* » Non pare a voi, o signori, che sia in questo articolo la risposta trionfale da opporre alle affermazioni costanti di tanti giuristi illustri, i quali han sostenuto che la ragion politica si opponga alla impunità del mandante perchè il pentimento dell' agente

è affatto personale e perchè, dal momento che il reato è avvenuto, per quanto imperfettamente, il complice, che non ha avuto alcuna parte nel farlo cessare in tempo utile, non può chiedere un beneficio che non gli spetta?

Nella ipotesi degli articoli citati il reato è non solo tentato, ma consumato, noi ci troviamo dinnanzi ad un delitto perfetto il quale dimostra i pravi istinti dell'agente e la malvagità anche più preoccupante di colui che concorra per mandato, per consiglio, o per qualsiasi altra forma di assistenza o di aiuto, nella esecuzione di esso. Il matrimonio dell'agente principale non può ritenersi una riparazione volontaria poi che è, invece, nella maggior parte dei casi, il risultato della preoccupazione e della paura di una pena quasi sicura. E non basta perchè, anche quando il giudizio sia già avvenuto e la condanna sia già stata inflitta ai colpevoli, per il capoverso dell'art. 352, la esecuzione e gli effetti penali della condanna cessano sia per l'autore che per i complici. Non è questa una concessione assai più larga di quella che potrebbe farsi ai compartecipi di un tentativo seguito da desistenza?

Nella ipotesi dell'art. 61 il reato è rimasto

imperfetto; il danno materiale non c'è, per quanto vi sia il danno politico costituito dal pericolo o dall'aver violato la legge, la impunità e il risultato del pentimento manifesto dell'esecutore e può, almeno, esservi la presunzione che il mandante non si sia doluto dello scopo non raggiunto; nella ipotesi dell'art. 452 il reato è perfetto, l'agente ed i complici hanno davvero esplicata tutta quanta la loro attività criminosa, la volontà ed il proposito del male si son mantenuti, saldi e tenaci, fino all'ultimo atto di esecuzione, il matrimonio dell'esecutore è consigliato da criterii di opportunità e di salvezza personale e non per il ritorno all'idea del bene o per compassione della vittima: quale dei due casi offre, politicamente, maggiore preoccupazione?

Se la ragion politica — e non può essere che questa dal momento che il reato esiste, tanto che è perfino stata inflitta la condanna — non impedisce di mandare impuniti tutti i compartecipi dei reati previsti dagli articoli cennati, perchè mai dovrebbe opporsi a che la impunità venisse estesa ai compartecipi in caso di tentativo? Si può, senza dubbio, rendersi conto delle ragioni le quali hanno indotto il legislatore

a non punire l'esecutore materiale di uno stupro o di un ratto nel caso ch' egli sposi la vittima; ma queste ragioni, se sono accettabili per l'autore, non lo sono anche per i complici. Il bisogno, da parte della società, di ristabilire l'ordine turbato nelle famiglie, di non perpetuare la infelicità di una donna e non esporla, sedotta com'è, a pericoli maggiori, tanti criterii di ordine morale e politico possono giustificare la clemenza per il colpevole principale. Ma, per i compartecipi questi criterii non valgono. L'autore, buon grado o mal grado suo, ha riparato; il complice, dopo aver concorso al delitto, dopo averlo, forse, provocato non si è preoccupato di altro, non ha fatto niente perchè l'altro riparasse il mal fatto, non subirà, come l'esecutore col matrimonio, le conseguenze del triste disegno eseguito. Bisogna, dunque, ricercare soltanto nel criterio di non stabilire una disparità fra la condizione giuridica dell' autore e quella del complice, la ragione della impunità.

Prescindendo pure, dunque, da tutte le considerazioni di ordine morale alle quali io ho accennato, per la prova fornitaci dallo stesso codice penale vigente, non si può — io credo—affermare che, stabilito come pre-

messa che la desistenza volontaria nel tentativo faccia permanere il reato nella sua integrità e sia soltanto un criterio politico quello che fa andare impunito l'esecutore materiale il quale desista dagli atti di esecuzione, quella stessa ragione politica impedisca che la impunità dell'esecutore venga estesa agli altri compartecipi del reato.

E, poichè, in tanta disparità di opinioni, pel silenzio del legislatore, per il dissidio costante nella dottrina, per non essere stata la questione quasi mai sottoposta all'esame della giurisprudenza—a me non è riuscito di ritrovare che una sentenza del Tribunale Supremo di Berlino, la quale afferma la opinione sostenuta dal Carrara, dal Mittermayer, e, in generale, da tutta la scuola tedesca— non vi ha chi non scorga il grave pericolo cui si andrebbe incontro nel caso che un magistrato seguisse una teorica piuttosto che un'altra, potendosi, per fatti identici, da un magistrato condannare e da un altro assolvere il complice, io credo che s'imponga come una necessità un provvedimento legislativo il quale provveda una buona volta, e, parificando a quella dell'esecutore la condizione di tutti i compartecipi, riesca ad evitare i pericoli.

Come nella disposizione dell'articolo 352 è stabilito che il procedimento penale cessa per tutti coloro che sono concorsi nel reato, potrebbe stabilirsi per l'articolo 61. E sarebbe — io penso — tanto più necessario ora che la dottrina mostra di dividere, intorno alla causa della esclusione della punibilità per l'esecutore materiale, più la opinione dell'Ortolan, del Carrara, del Benevolo, del Mittermayer, del Masucci e dei più illustri giuristi tedeschi, che quella sostenuta dallo Chauveau, dall'Haus, dall'illustre maestro Enrico Pessina e da tanti altri.

Per i fini più alti e nobili della giustizia punitrice, è da augurarsi che questo mio voto trovi un'eco non del tutto inefficace fra quegli illustri che saran destinati a curare la riforma di questo nostro codice penale, che, per il progresso vertiginoso addirittura della scienza del diritto, è riconosciuto incompleto e forse anche vecchio, quando può dirsi che sia nato da ieri e che si cominci, ora, appena a conoscerlo.